

SAP Burgos 29 abril 2010

(= divorcio entre cónyuges ecuatorianos)

Cuestiones:

1º) ¿Qué criterio de determinación de la Ley aplicable al divorcio de los contenidos en el art. 107.2 CC aplica el sentenciador?

2º) ¿Qué doctrina sigue el sentenciador en relación con la falta de prueba del Derecho extranjero?

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO Ambas partes en el proceso formulan recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Burgos en fecha 17-9-2009 en proceso de divorcio, por la que se acordó únicamente la adopción de medidas pero no el pronunciamiento principal solicitado de disolución del matrimonio contraído entre las partes por causa de divorcio.

Fundamentan sus recursos en la aplicación del artículo 107 CC en su vigente redacción considerando aplicable la ley española.

SEGUNDO Entrando en el análisis del recurso debe señalarse que el artículo 107 del CC establece: "1. La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la Ley aplicable a su celebración. 2. La separación y el divorcio se regirán por la Ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la Ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y, en defecto de ésta, por la Ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado. En todo caso, se aplicará la Ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España:

- a. Si no resultara aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas.
- b. Si en la demanda presentada ante tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro.
- c. Si las leyes indicadas en el párrafo primero de este apartado no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público.

De su aplicación al presente caso resulta que ambos cónyuges, de nacionalidad ecuatoriana y casados en Ecuador el 16-2-2006, residen ambos aunque separadamente en España, habiéndose presentado la Demanda de divorcio inicialmente por Almudena pero con el consentimiento de su marido, presentando propuesta de convenio regulador y habiéndose ratificado por separado la petición.

TERCERO Por tanto concurren los requisitos establecidos en el citado artículo para la aplicación de la ley española. En todo caso y aunque se hubiese considerado aplicable el derecho ecuatoriano y se desconociera su

contenido, no puede admitirse el pronunciamiento desestimatorio que se realiza ya que como señaló la AP de Almería en S. de sección 3 del 28 de Junio del 2004 : "... en casos como el presente en que se desconoce el contenido del derecho extranjero cuya aplicación se invoca, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es pacífica en cuanto a la aplicación de la normativa española, al decir que la aplicación del derecho extranjero es una cuestión de hecho y como tal ha de ser probada por la parte que lo invoca, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los tribunales españoles. Cuando a éstos no les es posible fundar con seguridad absoluta la aplicación del derecho extranjero, juzgarán conforme al derecho español (ss. TS de 31 de diciembre de 1.994, 25 de enero de 1.999, 5 de junio de 2.000 y 17 de Julio de 2001). A pesar de que por esta vía se pueda incurrir en el riesgo de dejar a la elección de las partes la cuestión de la Ley aplicable (puede no interesarles alegar el derecho extranjero designado por la norma de conflicto, prefiriendo, en cambio, la *lex fori*), según el Tribunal Constitucional la doctrina jurisprudencial de que en defecto de prueba del derecho extranjero debe estarse al Derecho español es más respetuosa con el contenido del art. 24.1 de la Constitución española que la solución adoptada por la sentencia recurrida de tener por decaída la demanda, "dado que el Derecho español, con carácter sustitutorio del que resulta aplicable, también puede ofrecer en una situación de tráfico externo la respuesta fundada en Derecho que el citado precepto constitucional exige" (STC 155/2001, de 2 de julio).

TERCERO.- Por todo ello, y en aras a procurar una tutela judicial efectiva de los intereses en juego (art. 24 Constitución Española), evitando la indefensión, y procurando proteger el interés superior, fundamental y básico, del menor y la solución del caso concreto procede, con estimación del recurso, revocar la sentencia de instancia, acogiendo en su lugar la petición hecha por ambos esposos, que coinciden en solicitar el divorcio, aprobando el convenio regulador que se propone con la demanda ya que garantiza adecuadamente los superiores intereses del menor hijo habido del matrimonio, habiendo expresado el Ministerio Fiscal su conformidad a la aprobación del mismo.

CUARTO.- Con independencia de lo anterior y a mayor abundamiento, la reforma introducida en el Código Civil por Ley Orgánica 11/2003 de 29 de Septiembre aboca a la misma conclusión por cuanto el art. 107 en su nueva redacción establece en el apartado 2, letra b), que "en todo caso, se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges...resida habitualmente en España, si en la demanda presentada ante tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro", requisitos plenamente concurrentes en el presente caso pues ambos cónyuges tienen su domicilio habitual en este país y la demanda de divorcio se interpuso por la esposa con el consentimiento de su marido, habiéndose ratificado ambos a presencia judicial tanto en la demanda como en la propuesta de convenio regulador que a la misma se acompaña y si bien es cierto que dicha norma se introdujo en nuestro Ordenamiento Jurídico con posterioridad a la sentencia dictada en primera instancia, carece de sentido desde el punto de vista de la economía procesal y de la propia justicia material, máxime existiendo un hijo de corta edad cuyos superiores intereses son dignos de una tutela rápida y eficaz, remitir las partes a un nuevo proceso civil en el que se llegaría a un resultado idéntico al que aquí se persigue y en el que ya no habría necesidad de probar

la ley nacional común de los cónyuges al regirse el divorcio de mutuo acuerdo por la ley material española, a tenor del vigente art. 107.2.b) del CC " .

Procede en definitiva y con estimación de los recursos acceder a la pretensión de divorcio mutuamente interesada.

CUARTO Costas.- Ante la estimación de los recursos no se hace expresa imposición de costas en ninguna de las instancias.

FALLO

Estimando los recursos de apelación interpuestos por las representaciones legales de Almudena y de Gaspar contra la sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Burgos en fecha 17-9-2009 , acordamos su revocación en el solo sentido de declarar asimismo disuelto por causa de divorcio el matrimonio contraído entre las partes en fecha 16-2-2006 ratificando las medidas ya aprobadas en la sentencia apelada contenidas en el convenio regulador presentado por las partes.

- - - -